Die Aufrechnung des Bürgen mit einer Forderung des Hauptschuldners.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Walther Triebel

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Leonhard**.

Korreferent: Professor Dr. **Schott**.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Literaturverzeichnis.

Arndt, Pandekten. 13. Aufl. 1886.
Brinz, Lehre von der Kompensation. 1849.
Brinz, Pandekten. 1. Aufl. 1860.
Cosack, Bürgerliches Recht. I. 1899.
Crome, Bürgerliches Recht. Bd. 1 und 2, 1.
Dernburg, Kompensation. 2. Aufl. 1868.
Dernburg, Pandekten.
Dernburg, Bürgerliches Recht. Bd. 3, 2.
Eisele, Die Kompensation nach römischem und gemeinem Recht.
Eck, Vorträge über das Recht des BGB. mit Anmerkungen versehen von Rudolf Leonhard. Bd. 1. 1902.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. 8. Aufl. 1903.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1.
Fischer-Henle, Handausgabe zum BGB.
Friedensburg, Die Wirkung der Aufrechnungslage und des Aufrechnungsvollzuges auf die rechtliche Stellung des Bürgen nach dem deutschen BGB. Dissert. Breslau 1903.
Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrecht. 1894.
Girtanner, Die Bürgschaft. 1850.
Gött, Zwei Streitfragen über die Aufrechnung im BGB. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 17.
Hasenbalg, Die Bürgschaft. 1870.
Kohler, Kompensation und Prozeß. Bei Busch, Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 20.
Kohler, Aufrechnung nach dem BGB. Bei Busch, Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 24.
Krug, Die Lehre von der Kompensation. 1833.
Leonhard, Franz, Die Aufrechnung. 1896.

Lippmann, Zur Lehre von der Kompensation nach dem Entwurfe des BGB. Bei Jhering, Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 32.
Lippmann, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung.
Mitteis, Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. In Jherings Jahrbüchern Bd. 28.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. 1888.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse.
Planck, Kommentar zum BGB. 1900.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des BGB.
Puchta, Pandekten. 5. Aufl. 1850.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
Siber, Kompensation und Aufrechnung. 1898.
Stampe, Das Kompensationsverfahren des vorjustinianischen stricti iuris iudicium. 1886.
Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis. 2. Teil (Eventual-aufrechnung).
Strube, Inwiefern stehen die Einreden des Hauptschuldners dem Bürgen zu? Dissert. Erlangen 1895.
Vangerow, Pandekten. 6. Aufl. 1863.
Weißmann, Aufrechnung nach dem BGB. Bei Busch, Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 26.
Windscheid, Pandekten. 8. Aufl.

§ 1.

Die Frage, ob der Bürge gegen den Gläubiger mit Forderungen des Hauptschuldners aufrechnen kann, ist von der Zeit an, in der die Aufrechnung überhaupt im Rechtsleben in Erscheinung getreten ist, verschieden beantwortet worden. Die Verschiedenheit in der Beurteilung unserer Frage beruht in erster Linie auf der verschiedenen Auffassung, welche die Aufrechnungsmöglichkeit bezw. die Aufrechnungslage für zwei Obligationen gefunden hat.

Die Bedeutung der Aufrechnungslage ist auch für unsere Frage von grundsätzlicher Entscheidung. Das Wesen der Bürgschaft ist noch dazu heranzuziehen, um etwaige Ausnahmen des allgemeinen Grundsatzes zu begründen.

Wie alle Rechtsentwicklung, so ist auch die Entstehung der Aufrechnung aus einem praktischen Bedürfnis des Verkehrs zu erklären.

Haben zwei Personen fällige, insbesondere gleichartige Forderungen gegeneinander, so erscheint es schwerfällig und überflüssig, sollten beide ihre Verbindlichkeiten real begleichen. Sie müßten doch einander das Empfangene zurückgeben. Aus dieser Erwägung ist man zur Aufrechnung gekommen.

Der vom Rechtsverkehr erstrebte Erfolg bei der Aufrechnung ist Tilgung bezw. Befriedigung von Forderungen.

Auf die geschichtliche Entwicklung der Aufrechnung im einzelnen und ihre Ausgangspunkte im besonderen braucht hier nicht eingegangen zu werden. Es kommt nur darauf

an, festzustellen, als was die Aufrechnung im allgemeinen behandelt wurde.

Da der Endzweck der Aufrechnung auch Vernichtung der Forderung ist, faßte man im römischen Recht die Aufrechnungslage zu einer Obligation so auf, als sei die Forderung mit einer Einrede behaftet.

Seit Marc Aurel steht fest, daß die Aufrechnungsmöglichkeit unter die exceptio doli gebracht worden ist.[1])

Die Aufrechnungsmöglichkeit ist auch bis ins späte gemeine Recht als Einredemöglichkeit aufgefaßt und daher die Kompensation unter den allgemeinen Begriff der Einrede — der exceptio — gestellt worden.[2])

Auf den Streit über den Begriff der exceptio im gemeinen Recht ist hier nicht einzugehen. Für uns handelt es sich beim Einredebegriff um die materiellrechtliche Einrede, wie sie Windscheid a. a. O. I § 42 festlegt.

Danach trifft unsere Einrede die Fälle einer nicht vom Richter von Amts wegen, sondern erst auf Antrag zu berücksichtigenden Ungültigkeit der Schuld.

Im Verlaufe der vorliegenden Abhandlung werden andere geltend gemachte Ansichten — auch über das Wesen und die Wirkung dieser Einrede —, die für unsere Frage von Bedeutung sind, berücksichtigt werden. Jedenfalls ist für die Behandlung der gestellten Frage für das klassische, römische und gemeine Recht davon auszugehen, daß die Kompensation unter die Einrede gerechnet wurde.

---

[1]) J. 4, 60, 30.

[2]) Windscheid a. a. O. II § 349; Eisele a. a. O. S. 140ff., 219f.; Dernburg, Kompensation 1. Buch 4. Kap. S. 163f., 2. Buch 1. Kap. S. 281ff. u. 3. Kap. S. 11, 356; Stampe a. a. O. S. 30.

§ 2.

Klassisches, römisches Recht.

Die Frage über die Befugnis des Bürgen mit einer Forderung des Hauptschuldners gegenüber dem Gläubiger aufzurechnen, taucht zuerst zur Zeit des Neratius, Pomponius und Gaius auf. Dies überliefern uns zwei Quellenstellen, nämlich l. 4 und l. 5 D. 16, 2.

l. 4 lautet: Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim, cum totum peto a reo male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest.

l. 5 lautet: Si quid a fideiussore petetur, aequissimum est eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur compensare malit: sed si utrumque velit compensare, audiendus est.

In diesen Stellen wird scheinbar ein allgemeiner Grundsatz dahin ausgesprochen, daß dem Bürgen eine etwaige Kompensationsbefugnis des Hauptschuldners immer zusteht. Es ist indessen zweifelhaft, ob dies wirklich ein allgemeiner Grundsatz bei den klassischen Juristen gewesen ist. Bei genauer Betrachtung kommt man vielmehr zu dem Schluß, daß die beiden Stellen keineswegs das fragliche Recht haben allgemein für die klassische Zeit proklamieren wollen. Denn beide Stellen sind auf zwei ganz bestimmte, spezielle Fälle zu beziehen.

Nach l. 4 cit. sollen schon Neratius und Pomponius die Kompensation ex omni contractu sogar auch dem Bürgen als feststehendes Recht zugestanden haben.

Dies ist unerklärlich und daher in seiner Allgemeinheit nicht aufrechtzuerhalten. Denn zur Zeit der erwähnten Schriftsteller hatte selbst der Hauptschuldner noch kein festes Recht auf die Kompensation. Die Kompensation lag damals noch im freien richterlichen Ermessen.[1]) Dies gilt auch für bonae fidei obligationes und Forderungen ex eadem causa.[2])

Für die contractus stricti iuris und ex dispari causa ist die Kompensation erst unter Marc Aurel eingeführt worden.[3])

Neratius und Pomponius und daher auch Paulus können also unmöglich ein allgemeines Kompensationsrecht des Bürgen im Auge gehabt haben.[4])

Es ist vielmehr der Auslegung von Eisele und Mitteis[5]) beizupflichten, daß Neratius und Pomponius ursprünglich wohl vom fideiussor indemnitatis gesprochen hatten. Dieser haftete auch schon zu ihrer Zeit nur auf das, was vom Hauptschuldner nicht durch Kompensation zurückgehalten worden war. Denn die Kompensation enthält ja eine Befriedigung des Klägers.

Da, wie schon oben hervorgehoben, zu Pomponius' und Nerutius' Zeiten der Hauptschuldner noch gar nicht allgemein kompensieren konnte, werden die fraglichen Aussprüche des Neratius und Pomponius auch nicht — quod reus retinere potest gelautet haben.

Die Haftung des Schadlosbürgen wurde nur dann geringer, wenn der Richter nach seinem Ermessen die Kompen-

---

[1]) Dernburg, Komp. S. 67 ff.; Pand. II § 62 Note 7.
[2]) Gaius, Inst. IV §§ 63 ff.; Mitteis a. a. O. Bd. 28 S. 153.
[3]) J. 4, 6, 30.
[4]) Eisele a. a. O. S. 171, 301 ff.
[5]) Mitteis a. a. O. Bd. 28 S. 154 f.

sation zugelassen hat.[1]) Es wird daher wohl ursprünglich geheißen haben: quod reus retinuit. Paulus hat daraus, weil zu seiner Zeit schon ein Kompensationsrecht des Schuldners bestand, retinere potest gemacht. Von den Kompilatoren ist dann der indemnitatis fideiussor gestrichen worden. Sie haben die lex 4 für jeden Bürgen verallgemeinern wollen. Die Bedeutung des ipso iure in unserer Stelle, ob damit gesagt ist, daß sich die Forderungen durch ihr Gegenüberauftreten aufheben,[2]) oder daß es zur Kompensation nicht einer exceptio bedarf,[3]) oder daß die Kompensation nicht mehr vom Ermessen des Richters abhängen, sondern kraft Rechtsgrundsatzes eintreten,[4]) u. a. ist für die Entscheidung unserer Frage ohne Belang.

Ich erkläre ipso iure compensare der Auslegung Windscheids (a. a. O. S. 431 f.) folgend dahin, daß nach der Auffassung der Quellen der Kompensation als einer Einrede die Kompensation ipso iure eintritt, daß der Aufrechnende ein erworbenes Recht geltend macht.

Ebensowenig wie die eben behandelte l. 4 bietet aber die darauffolgende l. 5 genügenden Anhalt dafür, daß der Bürge im klassischen, römischen Recht mit Forderungen des Hauptschuldners aufrechnen konnte.

Nach l. 5 ist die Kompensation ex dispari causa gestattet. Denn es heißt: Si quid e fideiussore petetur, aequissimum est, eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit. Diese Stelle rührt von Gaius her. In seinen Institutionen IV § 61 erklärt er die Kompensation selbst bei bonae fidei obligationes nur

---

[1]) l. 116 D. 15, 1; l. 41 D. 46, 1; Geib a. a. O. S. 18 ff.

[2]) Martinus, Glossa ad c. 4; C. de compens. 4, 31; ad § 30 I. de act. 4, 6.

[3]) Brinz, Pand. II, 1 § 288 S. 430.

[4]) Dernburg, Pand. § 62 S. 174/75.

ex eadem causa für statthaft. Unmöglich aber wird die Kompensation bei stricti iuris indicia leichter gestattet gewesen sein, als bei bonae fidei iudicia.[1]) Die Bürgschaft durch Fidejussion aber war, da sie stipulationsweise dem Hauptkontrakt angeschlossen wurde, ein stricti iuris iudicium.[2])

Man wird daher in der cit. l. 5 unterstellen müssen, daß es sich um den Bürgen eines argentarius handelt. Da der argentarius immer cum compensatione klagen mußte,[3]) so war es auch billig, seinem Bürgen die Klage auf das Saldo zu beschränken.[4])

Aus dem Vorstehenden ist also zu schließen, daß zur Zeit der klassischen Juristen ein allgemeines Kompensationsrecht des Bürgen mit Forderungen des Hauptschuldners nicht bekannt war.

§ 3.

Gemeines Recht.

Der Wortlaut der beiden oben behandelten Stellen läßt aber keinen Zweifel zu, daß die Kompilatoren ganz allgemein das Recht des Bürgen, mit Forderungen des Hauptschuldners zu kompensieren, statuiert haben. Und für das gemeine Recht ist die Fassung seitens der Kompilatoren maßgebend. Jedoch wurde auch im gemeinen Recht ein Kompensationsrecht des Bürgen in dieser allgemeinen Fassung nicht allseitig anerkannt. Diese Frage ist vielmehr bis ins heutige Recht bestritten geblieben.

---

[1]) Mitteis a. a. O. 28 S. 152.

[2]) Gaius, Inst. III §§ 115 f.

[3]) Gaius, Inst. IV §§ 64, 65.

[4]) Mitteis a. a. O. 28 S. 152; Stampe a. a. O. S. 43; Kohler a. a. O. S. 3/4.

Und mit Recht läßt sich diese Frage nicht einfach durch die beiden Stellen beantworten. Denn wie gezeigt, sind diese Stellen, jedenfalls in ihrer von Justinian angenommenen Gestalt, durch willkürliche Anordnung der Kompilatoren entstanden. Es ist also bedenklich, aus ihnen ein allgemeines Prinzip zu gestalten. Man hat denn daher eine etwaige Kompensationsbefugnis des Bürgen bezüglich Forderungen des Hauptschuldners besonders zu begründen und theoretisch zu konstruieren versucht. Dies tat man durch die Untersuchung, auf welchem inneren Grunde das Recht des Bürgen, sich der Einrede des Schuldners überhaupt zu bedienen, beruhe.

Die herrschende Lehre des gemeinen Rechts leitete ein Recht des Bürgen, sich der Einrede des Hauptschuldners ganz allgemein bedienen zu können, aus dem sogen. akzessorischen Charakter der Bürgschaft her.[1]) Die Akzessorietät besteht darin, daß die Bürgschaft nie ohne ein prinzipales Recht entstehen kann.

Die Lehre, die das fragliche Recht des Bürgen auf die Akzessorietät der Bürgschaft zurückführt, stützt sich auf folgenden Satz:

Ex persona rei exceptio fideiussori ceterisque accessionibus competere potest.[2])

Indessen ist diesem scheinbar als allgemein ausgesprochenen Grundsatz keine so weitgehende Bedeutung zu geben, daß man darauf eine so wichtige rechtliche Konstruktion stützen könnte. Wenn man die Entstehung der Quellenstellen, das Verfahren der Kompilatoren berücksichtigt, so ist es, wie schon oben bei der Auslegung der Stellen l. 4 und l. 5 D. 16, 2 gezeigt worden ist, sehr bedenklich, aus allgemeinen Aussprüchen in

---

[1]) Dernburg, Pand. § 79 Anm. 5; Vangerow a. a. O. III § 578 Entw. z. BGB.; Mot. II S. 661 u. § 676; neuerdings Mitteis a. a. O. Bd. 43 S. 551 ff.

[2]) l. 32 D. 46, 1, l. 19 D. 44, 1; l. 43 D. 46, 3.

den Quellen allgemeine Prinzipien abzuleiten. Dazu kommt, daß es fraglich ist, ob die Stelle das Recht des Bürgen ausdrücklich auf die Akzessorietät stützen will. In einer Anzahl anderer Stellen wird das Recht des Bürgen auf einen anderen Grund zurückgeführt.[1])

Ferner spricht gegen die angeführte Ansicht der Umstand, daß es Einreden gibt, die dem Bürgen bald zustehen, bald nicht, wie die exceptio S. C. Mac. und exceptio pacti, was noch unten gezeigt werden wird. Es können auch zuweilen dem Bürgen Einreden des Hauptschuldners zustehen, während dieser sie nicht mehr gebrauchen kann.[2])

Aus dem akzessorischen Charakter der Bürgschaft müßte aber gefolgert werden, daß das Recht des Bürgen mit dem des Hauptschuldners untergehe.[3])

Aus der Akzessorietät der Bürgschaft folgt für dieses Rechtsinstitut nur, daß es seinen materiellen Grund wohl in der Prinzipalobligation hat, formell aber stets nur aus der Verbalobligation entsteht. Für die Stärke der Bürgschaftsverpflichtung besteht ein Abhängigkeitsverhältnis zur Hauptschuld nicht.[4]) Die Verpflichtung des Bürgen kann also stärker, intensiver oder schwächer als die des Hauptschuldners sein. Insofern ist sie selbständig.

Allgemein aus dem Charakter der Akzessorietät ist also das fragliche Recht des Bürgen nicht abzuleiten. Von anderer Seite wird dem Exzeptionsrecht des Bürgen neben der Akzessorietät nach l. 7 § 1 D. 4, 41 zugrunde gelegt. Es wird zwischen exceptiones rei und personae cohaerentes unterschieden.

---

[1]) l. 32 D. 2, 14; l. 9 § 3 D. 14, 6; l. 46 D. 46, 1; l. 19 § 5 D. 16, 1; l. 3 § 3; l. 5 pr. D. 34, 3 § 4 J. 4, 14.

[2]) l. ult. D. II, 14; Seuffert, Arch. II 185, IV 225, XV 23.

[3]) Geib a. a. O. S. 104 f.

[4]) l. 6 § 3; l. 7; l. 16 § 3 D. 46, 1 § 1 J. 3, 20; l. 60 D. 46, 1; l. 32 D. 2, 14; Geib a. a. O. S. 83/84 f.

Es sollten die exceptiones personae cohaerentes und von den rei cohaerentes diejenigen, die eine naturalis obligatio übrig lassen, dem Bürgen nicht gewährt werden, soweit sein Regreßrecht ihm nicht dazu verhilft.[1])

Die exceptiones rei cohaerentes konnte der regreßberechtigte Bürge auch gegen den Willen des Hauptschuldners benutzen, unabhängig also davon, ob der Hauptschuldner von der betreffenden Einrede auch seinerseits wirklich Gebrauch machen wollte oder nicht. Dies galt aber auch bezüglich der Kompensationseinrede.[2]) Das aber beweist wiederum, daß man die Exzeptionsbefugnis des Bürgen nicht auf die Unterscheidung von exceptiones rei und personae cohaerentes stützen kann. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Einrede der Kompensation noch dazu mit einer persönlichen Forderung eine reine exceptio personae cohaerens ist.

Mit Hilfe der Akzessorietät, d. h. des Gedankens, der Bürge dürfe nie weiter haften als der Hauptschuldner, rechnet man die Kompensationseinrede zu den exceptiones rei cohaerentes.[3])

Wie aber der Grad der Haftung des Bürgen unabhängig von der Akzessorietät, von der Hauptobligation sein kann, ist oben gezeigt worden. Wer sich für unsere Frage auf die Akzessorietät der Bürgschaft stützt, müßte konsequenterweise dem Bürgen auch die exceptiones personae cohaerentes zugestehen.

Das Einrederecht des Bürgen bezüglich der Einreden des Hauptschuldners läßt sich aus dieser Eigenschaft der Bürgschaft theoretisch nicht konstruieren.

---

[1]) Windscheid, Pand. II § 477 Note 7 u. 8; Brinz, Pand. II, 1 § 255 S. 186.

[2]) Geib a. a. O. S. 115 u. 115, 1.

[3]) Geib a. a. O. S. 115.

Diese Einrede ist vielmehr aus Zweckmäßigkeitsgründen von der römischen Jurisprudenz anerkannt worden.[1])

Aus den Quellen geht klar hervor, daß dieses Recht des Bürgen aus dem Grunde abgeleitet worden ist, weil die Lage des Hauptschuldners durch die drohende Regreßklage gefährdet ist. Solange nämlich der Bürge nicht das Recht hatte, vom Prätor die Exzeptionen des Hauptschuldners zu verlangen, machte er sich auch durch Zahlung der exzeptionsmäßigen Hauptschuld gegen den Hauptschuldner keiner Pflichtverletzung schuldig.

Nach Inhalt der Bürgschaftsstipulation war ja der Bürge nach strengem ius civile zur Erfüllung seiner Obligation dem Gläubiger gegenüber so lange verpflichtet, als die Hauptschuld bestand. War aber die Eingehung der Bürgschaft im Auftrage des Hauptschuldners erfolgt, oder war sie ein negotium utiliter coeptum, so mußte der Hauptschuldner dem Bürgen für dessen Zahlungen stets Ersatz leisten, auch wenn die Zahlung nicht seinem Interesse entsprach.[2]) Gegen das Interesse des Hauptschuldners wäre es aber, wenn der Bürge eine Schuld bezahlte, gegen die der Hauptschuldner exzipieren könnte. Denn durch den Regreß des Bürgen kann er um sein Exzeptionsrecht gebracht werden.

Weiter ist zu erwägen, daß die Bürgschaft regelmäßig im Interesse des Hauptschuldners eingegangen wird. Nur ausnahmsweise fehlt diese Rücksicht auf den Hauptschuldner.[3])

Wer als Mandatar oder negotiorum gestor sich für den Hauptschuldner verbürgt, der will sich dem Gläubiger nicht zu einer Haftung verpflichten, die dem Interesse des Hauptschuldners etwa zuwiderläuft. Wie Geib[4]) mit Recht sagt,

---

[1]) Geib a. a. O. S. 106; § 4, 14 l. 32 D. 2, 14, l. 42 pr. D. 12, 2.

[2]) l. 27 § 4 D. 17, 1.

[3]) l. 6 § 2 D. 17, 1 § 6 J. 3, 20; Gaius 3 § 127.

[4]) Geib a. a. O. S. 109.

ist der vom Fidejussor in Aussicht genommene Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner demnach ein Symptom dafür, daß der Fidejussor dem Gläubiger nur für die vollwirksame, nicht für die exzeptionsmäßige Hauptschuld Sicherheit leisten wolle. Es ist daher nicht unbillig, wenn der Gläubiger im Falle der Exzeptionsmäßigkeit der Hauptschuld gegen den Bürgen nicht durchdringt.

Wo aber eine Verbürgung im Interesse des Schuldners nicht vorliegt, sind natürlich auch dem Bürgen die Einreden des Schuldners zu versagen. Denn es ist ja dann für den Schuldner ohne Interesse, auf den Bürgen eine derartige Rücksicht zu nehmen. Dies ist einmal der Fall, wenn entweder der Regreß von der Rechtsordnung verboten ist, wie in den Fällen, wenn sich jemand gegen das Verbot des reus verbürgt,[1]) oder wenn das Bürgschaftsmandat schimpflich ist,[2]) oder wenn der Bürge einen Regreßanspruch gar nicht im Auge hatte. So z. B., wenn er sich animo donandi oder zur Erledigung eines eigenen Geschäftes verbürgt hatte.[3]) In letzteren Fällen liegt keine Veranlassung vor, den Bürgen gegen den Gläubiger zu schützen.

Auch aus dieser Erscheinung folgt, daß zwischen dem Einrederecht des Bürgen und seinem etwaigen Recht, gegen den Schuldner Regreß zu nehmen, ein Zusammenhang besteht.

Allerdings kann man diesen Zusammenhang nicht dahin fassen, der Bürge habe das fragliche Einrederecht nur, wenn ihm ein Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner zur Seite steht.[4])

---

[1]) l. 6 § 2 D. 17,1; l. 40 eod.

[2]) l. 6 § 3; l. 12 § 11 D. eod.

[3]) Geib a. a. O. S. 110—112; l. 32 D. 2,14; l. 9 § 3 D. 14,6

[4]) s. Brinz a. a. O. II, 1 § 255 S. 188; Windscheid § 477 Ziff. 1a a. E. 1b Ziff. 3.

Wie Geib[1]) treffend ausführt, ist die Befugnis des Bürgen nicht von dem aktuellen Regreßrecht des Fidejussors abhängig, sondern von dem Vorhandensein eines vinculum iuris, aus dem der Fidejussor zwar event. einen Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner ableiten könnte, dann und insoweit aber gerade nicht ableiten kann, wenn und inwieweit er in der Lage ist, sich durch die Berufung auf die Exzeptionen des Hauptschuldners vor einem Leistenmüssen an den Gläubiger zu schützen. Er ist verpflichtet, alle ihm zu Gebote stehenden Einreden des Hauptschuldners geltend zu machen.[2]) Der Grund dieses Satzes ist in der normalen Absicht des Bürgen, sich nicht für eine exzeptionsmäßige Hauptschuld verpflichten zu wollen, zu suchen. —

Der eben aufgestellte Grundsatz scheint aber dadurch durchbrochen zu sein, daß es Einreden gibt, die dem Bürgen immer zustehen, ohne Rücksicht auf event. Regreß, und daß es solche gibt, die ihm nie zustehen. In Wirklichkeit wird dieser Grundsatz aber dadurch nicht berührt. Der Grund für diese Erscheinung liegt in der Natur, der ratio, dieser Einreden.

Immer stehen dem Bürgen zu die exceptio S. C. Vellejani[3]) doli[4]) und quod metus causa.[5]) Bei diesen handelt es sich um abstrakte, im Interesse der Rechtsordnung absolut gültige Einreden, die nur wegen der Verwerflichkeit der Obligation gegeben werden. Sie wäre illusorisch, müßte ein Bürge dafür haften. Die Rechtsordnung will in solchen Fällen eben den Gläubiger nicht schützen, will eine solche Obligation nicht zur Erfüllung kommen lassen. Sie muß daher konsequenterweise dem Bürgen diese Einreden bedingungslos zugestehen.

---

[1]) Geib a. a. O. 123/24 f.

[2]) l. 67 D. 2, 14; Geib a. a. O. S. 125.

[3]) l. 14 § 1 D. 16, 1.

[4]) l. 48 pr. D. 46, 1; l. 1 pr. D. 36, 4.

[5]) l. 14 § 6, § 8 D. 4, 2.

Entsprechend verhält es sich mit den Einreden, die dem Bürgen nie zustehen, wie die Einrede aus dem beneficium competentiae[1]) und aus dem Zwangsvergleich.[2])

Diese Einreden sind immer ihrer Natur nach höchstpersönlich. Dann aber hat sich ja der Bürge ohne Rücksicht auf sein event. Regreßrecht gerade für den Fall der Insolvenz des Schuldners dem Gläubiger verpflichten wollen. Andernfalls würde die Bürgschaft ihren Hauptzweck verloren haben.

Der Zusammenhang der Einredebefugnis mit dem event. Regreßanspruch des Bürgen läßt sich also einheitlich durchführen und an den Quellen nachweisen.

Der hier entwickelten Ansicht steht nicht entgegen, daß dem Bürgen die Einreden auch invito reo zustehen können, daß also das Interesse des Hauptschuldners hier nicht in Betracht komme. Denn der Bürge hat die Einreden kraft eigenen Rechts erworben, es kann nicht in der Laune und Willkür des Hauptschuldners stehen, ob der Bürge eine Zahlung machen soll oder nicht.[3])

Über die Kompensationseinrede wird weiter unten genauer in dieser Hinsicht gesprochen werden.

Jedoch wird auch die Ansicht vertreten, daß die Einredebefugnis des Bürgen von seinem Regreßrecht in späterer Zeit losgelöst sei. Es soll sich das Einrederecht des Bürgen als ein ganz selbständiges entwickelt haben.[4]) Diese Ansicht stützt sich auf l. 16 § 1 D. 16, 1 und auf die diesbezüglichen allgemeinen Aussprüche.[5]) Aus der angeführten lex folgert man,

---

[1]) l. 7 D. 44, 1; l. 24 D. 42, 1.

[2]) § 4 J. 4, 14.

[3]) l. 62 D. 2, 14. — Girtanner a. a. O. S. 520; l. 15 pr. D. 46, 1; Geib a. a. O. S. 115 f.

[4]) Dernburg, Pand. II § 79 Anm. 5; Mitteis a. a. O. Pand. 28 S. 141.

[5]) l. 19 D. 44, 1; l. 7 § 1 eod. l. 32 D., 46, 1; l. 15 pr. D. eod.

daß bis Julian das Einrederecht vom Regreßrecht abhängig gewesen sei.[1]) Julian habe aber das Einrederecht dem Bürgen allgemein zugestanden. Indessen ist ebenso, wie bei den beiden eingangs erörterten Stellen auch hier vor einer Verallgemeinerung zu warnen. Es liegt näher, anzunehmen, daß diese Stelle nur für den besonderen Fall des S. C. Vellejani berechnet gewesen sei.

Dazu kommt, daß noch nach Julian als Grund für die Zuständigkeit der exc. S. C. Vell. das Regreßrecht angegeben wird.[2]) Es erscheint vielmehr sehr berechtigt, bei den Stellen, in denen die Juristen dem Bürgen ganz allgemein die Einrede zusprechen, einen event. Regreßanspruch als stillschweigend vorausgesetzt zu betrachten.[3])

Die Regreßfähigkeit ist nur deshalb nicht besonders hervorgehoben, weil sie das Normale des Bürgschaftsgeschäftes ist und in der Regel eben nur solche Bürgschaften vorkommen.[4])

Mitteis[5]) geht zu weit, wenn er bei jedem Bürgen schlechthin den Willen, sich nur um des Hauptschuldners willen und nur für eine gültige Hauptschuld zu verbürgen, voraussetzt. Er gesteht daher dem Bürgen jede Einrede zu, deren Tatbestand bereits ein Nichtwollen der Schuld beweisendes Verhalten des Hauptschuldners involviert.

Für Mitteis ist daher das Regreßrecht bedeutungslos.

Indessen ist im Verlauf der obigen Ausführungen gezeigt worden, daß es auch möglich ist, daß der Bürge auch aus anderen Motiven als in des Hauptschuldners Interesse sich verbürgen kann.

---

1) Dernburg a. a. O. II § 79 Anm. 5; Geib a. a. O. S. 118.
2) l. 19 § 5 D. 16, 1; l. § 4 D. eod.
3) Geib a. a. O. S. 118f.
4) § 6 J. 3, 20 und Geib a. a. O. S. 108f.
5) Mitteis a. a. O. Bd. 28 S. 158.

Diese vorangegangenen allgemeinen Erörterungen über die Zuständigkeit der Einreden des Hauptschuldners treffen auch insbesondere für die Kompensationseinrede zu und waren daher nötig.

Auch die Kompensationseinrede kann nach der herrschenden Stellungnahme des gemeinen Rechts über die Aufrechnung nicht auf die akzessorische Natur der Bürgschaft, sondern nur auf den event. Ersatzanspruch des Bürgen zurückgeführt werden.

Indessen herrscht Streit darüber, ob die Kompensationseinrede zu denen zu rechnen ist, zu deren Geltendmachung der Bürge einer Ermächtigung seitens des Schuldners bedarf, wie die Einreden der Redhibition oder der laesio enormis oder eines error in contrahendo auf seiten des Hauptschuldners.

Mitteis[1]) nennt diese Einreden solche, die lediglich auf einer subjektiven Dispositionsbefugnis des Hauptschuldners beruhen, die der Bürge ohne dessen Ermächtigung nicht gebrauchen könne.

Vom Standpunkte der Kompilation aus, den die beiden eingangs erörterten Stellen darstellen, war der Bürge bezüglich der Kompensationseinrede uneingeschränkt.

Mitteis[2]) sieht hierin allerdings eine erst durch die Kompilation geschaffene Singularität, wie sie sonst im ganzen Rechtssystem nicht vorkommt. Es sei etwas ganz Ungewöhnliches, daß dem Bürgen das Recht eingeräumt werde, in fremdes Vermögen einzugreifen und aus demselben ein Stück eigenmächtig zur Befriedigung zu verwenden. Der Bürge dürfe daher nur mit Ermächtigung des Schuldners exzipieren.

Indessen ist Eisele[3]) und Geib beizustimmen, die diese anscheinende Singularität des Rechts auf den Zusammen-

---

[1]) Mitteis a. a. O. Bd. 28 S. 142 f.

[2]) Mitteis a. a. O. Bd. 28 S. 151.

[3]) Eisele a. a. O. S. 298; Geib a. a. O. S. 115/16.

hang der Einredebefugnis des Bürgen mit seinem eventuellen Regreßanspruch zurückführen.

Wie schon oben gezeigt worden ist, ist bei den Stellen, die das Regreßrecht nicht besonders erwähnen, es doch als das normalerweise vorausgesetzte zu unterstellen.

Kraft seines eventuellen Regreßanspruches, der, wie oben gezeigt worden ist, auch bei diesen Stellen unterzuschieben ist, verfügt der Bürge über die Forderung des Schuldners aus eigenem Recht.

Das Recht des beklagten Bürgen ist unabhängig von der Einwilligung des Hauptschuldners. Das ist keine Unbilligkeit gegen den Gläubiger; denn wie Eisele[1]) sagt, hat er ja die Bürgschaft gewollt. Daß aber der Gläubiger, wenn er den Bürgen verklagt, ein doppeltes Kompensationsrecht gegen sich hat, ist nur die Kehrseite davon, daß er für eine Schuld zwei Schuldner haben wollte.

§ 4.

Heutiges Recht.

Für das gemeine Recht war also festzustellen, daß der Bürge mit einer Forderung des Hauptschuldners gegen den ihn verklagenden Gläubiger aufrechnen konnte. Diese eigenmächtige Kompensationsbefugnis des Bürgen fand im gemeinen Recht die haltbarste Begründung in der Stellung des Bürgen zum Hauptschuldner, in dem eventuellen Regreßanspruch gegen letzteren. Fürs heutige Recht ist aber zu prüfen, ob die Auffassung des römischen Rechts der Aufrechnungslage als Einredemöglichkeit richtig ist. Wie schon oben angedeutet, gingen die Ansichten über die Natur der Aufrechnung auch im ge-

---

[1]) Eisele a. a. O. S. 299.

meinen Recht auseinander. Dementsprechend wurde auch die Stellung des Bürgen für unsere Frage verschieden beurteilt. Es sollen hier nur die drei Haupttheorien über die Aufrechnung berücksichtigt werden. Von diesen zunächst die Theorie des Glossators Martinus Gosia,[1]) die besagt, daß die Forderungen durch ihr Gegenübertreten kompensiert und aufgehoben würden.

Nach dieser Theorie war also der Bürge befreit, wenn der verbürgten Forderung kompensable Gegenforderungen gegenüberstanden. Andere Theorien — im einzelnen untereinander verschieden —, die man unter dem Namen prozessuale Theorien zusammenfassen kann, besagen, daß die Kompensation wegen ihrer Einredenatur nur im Prozeß durch Urteil oder außerhalb des Prozesses durch Vertrag vollzogen wird.[2]) Nach diesen Theorien konnte auch der Bürge die Kompensationseinrede vorschützen, da ihm ja die Einreden des Hauptschuldners überhaupt zustanden.

In neuerer Zeit hat sich aber die sogen. rechtsgeschäftliche Theorie besonders auch in der Praxis derart Geltung verschafft, daß auch das Bürgerliche Gesetzbuch ihr gefolgt ist.

Diese Theorie versteht die Kompensation als einseitiges Rechtsgeschäft.[3]) Nach ihr ist die Kompensation mit der einseitigen im Prozeß oder außerhalb des Prozesses erfolgten Abgabe der Kompensationserklärung seitens des Gläubigers oder Schuldners vollzogen, und zwar mit der Wirkung, daß

---

[1]) Martinus, Glossa ad c. 46 de compens. 4, 31 ad § 30.

[2]) Brinz, Die Lehre v. d. Kompensation S. 134 und Pand. II § 288 S. 430; Dernburg, Komp. S. 187 ff., 294 ff., 529; Eisele a. a. O. S. 250 ff.; Lippmann a. a. O. Bd. 32 S. 177 ff.

[3]) Franz Leonhard a. a. O.; Kohler a. a. O. Bd. 20 S. 1 f. und Bd. 24 S. 1 f. A. M. namentlich auch R. Leonhard; s. den Artikel compensatio in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie der klass. Altertumswissensch.

die entgegenstehenden Forderungen in Höhe des sich deckenden Betrages getilgt werden.

Die letztere Theorie, die rechtsgeschäftliche, ist m. E. als die richtige für die Aufrechnung anzuerkennen, wie noch aus weiteren Betrachtungen über die Aufrechnung hervorgehen wird. Auf die im einzelnen wieder abweichenden Ansichten über die Natur dieses einseitigen Rechtsgeschäftes ist hier nicht einzugehen.[1]) Richtig scheint mir, in der Aufrechnung eine besondere Form der Aufhebungsbefriedigung und Tilgung von Forderungen zu sehen. So ist auch Gött[2]) beizustimmen, der in der Aufrechnung ein besonderes Mittel der Selbstbefriedigung sieht. Indessen erscheint vom Standpunkt der rechtsgeschäftlichen Theorie die Stellung des Bürgen bezüglich unserer Frage sehr zweifelhaft und schwierig. Ein Kompensationsrecht des Bürgen läßt sich schwer unter diese Theorie bringen. Und so ist auch über diese Frage wieder ein heftiger Streit entbrannt. Schon Mitteis[3]) hat, wie wir oben gesehen haben, dieses vom justinianischen Recht dem Bürgen zugestandene Kompensatiosrecht als eine unerhörte, nicht zuzugebende Singularität bezeichnet.

Es läge hier derselbe Eingriff in fremdes Vermögen vor, wie wenn der Bürge aus der Kasse des Hauptschuldners zahlen wollte.

In prinzipieller Hinsicht hat auch Kohler[4]) gegen jede Berücksichtigung der Aufrechnungslage zwischen Hauptschuldner und Gläubiger zugunsten des Bürgen Stellung genommen.

Nach Kohler ist eine Kompensation des Bürgen nur

---

[1]) Stölzel nennt sie ideelle Zahlung. Eventualaufrechnung S. 2 ff.; Kohler sieht in der Aufrechnung eine Anweisung an den Schuldner zur Selbstzahlung a. a. O. Bd. 24 S. 3 ff.

[2]) Gött, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 17 S. 104 f.

[3]) Mitteis a. a. O. Bd. 28 S. 143, 1.

[4]) Kohler a. a. O. Bd. 20 u. 24.

dann sachgemäß, wenn der Bürge mit Genehmigung des Hauptschuldners handelt, oder mindestens für seine Zustimmung garantiert.

Denn kompensieren heiße nichts anderes, als das Hervorholen eines Vermögensstückes aus dem Vermögen des Schuldners, um dieses zahlungshalber in das Vermögen des Gläubigers zu werfen. Das aber sei ein Selbsthilferecht des Bürgen, ein Eingriff in das Vermögen des Schuldners, der ganz unerhört und unangemessen sei.[1]) Nach Kohler ist auch der Gläubiger dem Bürgen nicht verpflichtet, gegen den Schuldner aufzurechnen, trotz des etwaigen beneficium excussionis. Denn der Gläubiger habe das Recht, Geld zu verlangen; die Kompensation gebe ihm aber nicht Geld, sondern anderwärtige Wertbefriedigung. Auch das beneficium excussionis gebe nur das Recht, zu verlangen, daß der Gläubiger beim Schuldner Zahlung habe, nicht das Recht, zu begehren, daß der Gläubiger etwas anderes als Zahlung an Zahlungsstatt annehme.

Diese völlig ablehnende, auf der Berücksichtung nur der Aufrechnung beruhende Haltung findet sich auch im Entw. 1 z. BGB.[2])

„Wenn der Hauptschuldner eine Einwendung gegen die Forderung durch einen Willensakt zu ergänzen in der Lage ist, wie bei der Anfechtung und bei der Kompensation, so ist der Bürge weder befugt, jenen Willensakt an Stelle des Schuldners vorzunehmen, noch sich auf die Anfechtbarkeit oder Kompensabilität vor Abgabe der entscheidenden Erklärung des Schuldners zu berufen. Dies ergibt sich unmittelbar aus den einschlagenden Vorschriften“ (§§ 112, 113, 281, 282). Es leuchtet ein — abgesehen von der historischen Betrachtung —, daß diese Stellungnahme dem Rechtsbewußtsein nicht ent-

[1]) Kohler a. a. O. Bd. 20 S. 4/5.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 663; vgl. auch S. 106 ff.

spricht. Die Rechtsordnung verlangt auch Rücksicht auf das Bürgschaftsgeschäft.[1])

Das Wesen der Bürgschaft besteht darin, daß der Bürge für Erfüllung durch den Hauptschuldner Sicherheit leistet. Der Bürge haftet für fremde Schuld. Der Bürge ist also gewissermaßen in ein Verhältnis zum Vermögen des Schuldners getreten. — Von diesem Gesichtspunkt aus erscheint es also nicht als so unerhört, wenn die Vermögenslage des Schuldners für den Bürgen berücksichtigt wird.

Es ist dabei auch noch ein praktischer Gesichtspunkt im Auge zu halten.

Die Aufrechnung hat, wie in der Einleitung gezeigt worden ist, ihre praktische Wurzel darin, daß eine Durchführung gegenseitiger Zahlung für den Verkehr hemmend und zu umständlich ist. Um ein nutzloses Hin- und Herschieben von Geld zu vermeiden, ist die Kompensation eingeführt worden. Sie will eine reale Leistung der Objekte vermeiden und doch eine wechselseitige Befriedigung der Parteien herbeiführen. Eine unnötige Zahlerei würde aber auch vorliegen, wenn ein regreßfähiger Bürge — denn das ist der Bürge in der Regel — an den Gläubiger zahlen müßte, während Gläubiger und Schuldner sich durch Aufrechnung gegenseitig befriedigen können. Der Bürge würde zahlen und sich an dem Schuldner schadlos halten, dieser aber würde vom Gläubiger fordern. Das Geld würde bloß umherkreisen.

Vom Standpunkt der Billigkeit und praktischen Erwägung aus ist also die Aufrechnungsmöglichkeit zwischen Gläubiger und Schuldner auch für den Bürgen zu berücksichtigen.

Es ist nur die Frage: wie weit hat diese Rücksicht auf die Aufrechnungsmöglichkeit zu gehen. Soll man dem Bürgen

---

[1]) Eck, Vorträge, herausgegeben von R. Leonhard 1905.

ohne weiteres die Befugnis geben, mit Forderungen des Hauptschuldners aufrechnen zu können, oder kommt für den Bürgen nur die Aufrechnungsmöglichkeit durch den Gläubiger in Betracht.

Wie es zu weitgehend ist, sowohl jede Rücksicht zu versagen, darf man m. E. die Rücksicht nicht so weit treiben, den Bürgen bezüglich der Aufrechnung ebenso zu stellen, wie den Schuldner selbst. Letzteres liegt nicht im Wesen der Bürgschaft begründet. Es ist hierbei doch festzuhalten, daß grundsätzlich die Aufrechnung nur ein persönliches Recht des persönlichen Schuldners und daher grundsätzlich ein einseitiges Rechtsgeschäft im Belieben des Schuldners ist. Wie schon erwähnt ist, kann man es mit Gött als einen Fall der Selbsthilfe auffassen, als eine Unterart der Selbstbefriedigung.[1]) Es liegt auf der Hand, daß man dem Bürgen nicht einseitig zugestehen kann, über diese persönliche Befugnis des Schuldners nach eigenem Ermessen zu verfügen. Denn es sind Fälle denkbar, in denen der Bürge dabei den Schuldner arg schädigen kann, so wenn der Schuldner zwei Gegenforderungen hat, von denen die eine ungedeckt, die andere durch Bürgen und Pfänder gesichert ist, oder die eine verzinslich, die andere unverzinslich ist. Auch ist es möglich, daß der Schuldner über seine Forderung in irgend anderer, zu billigender Weise verfügen will, als durch Aufrechnung.

Wie aus den obigen Ausführungen über das Wesen der Bürgschaft hervorgeht, hat der Bürge zu einer außerhalb der Bürgschaft liegenden Forderung des Schuldners gar keine Beziehung, daher auch nicht zu ihrer Befriedigung.

In dieser Frage ist vielmehr nur die Beziehung des Bürgen zum Gläubiger zu berücksichtigen. Der Bürge ist dazu da, um dem Gläubiger dafür Sicherheit zu leisten, daß

---

[1]) vgl. auch Mot. Bd. 2 S. 108.

ihn der Schuldner befriedige. Die Bürgschaft kommt also erst dann in Frage, wenn der Gläubiger keine Befriedigung erlangen kann, nicht Zahlung, worauf Kohler einseitig entschiedenes Gewicht legt.

Daraus folgt, daß auch die Bürgschaft so lange nicht in Anspruch genommen werden kann, als der Gläubiger in der Lage ist, sich selbst zu befriedigen, wie durch Aufrechnung. Denn dann bedarf es ja keiner weiteren Sicherheitsleistung mehr. Auch würde der Gläubiger dolos handeln, wenn er vom Bürgen forderte, was er sich schon durch Aufrechnung vom Hauptschuldner am leichtesten verschaffen kann.

Bei dieser Betrachtungsweise kommt man zu der Forderung, dem Bürgen bezüglich der Aufrechnungsmöglichkeit durch den Gläubiger eine Art beneficium excussionis zu gewähren, d. h. den Gläubiger darauf zu verweisen, sich auf die Art, wie sie ihm in der Aufrechnung geboten ist, zu befriedigen. Dies verlangt Lippmann[1]) mit Recht im Gegensatz zum Entw. 1 z. BGB. Allerdings stützte Lippmann seine Forderung auf den Umstand, daß der Gläubiger an den Hauptschuldner eine Schuld zu berichtigen hat, nicht daß der Gläubiger sich durch Aufrechnung befriedigen kann. Zugleich aber sagt Lippmann, daß der Bürge mit der Kompensationseinrede auf Grund von Gegenforderungen des Hauptschuldners nicht sowohl die Kompensationsbefugnis, als vielmehr die ihm zustehende Einrede der Vorausklage geltend macht. Damit rückt er doch die Befriedigungsmöglichkeit für den Gläubiger in den Vordergrund. Nach Lippmann[2]) ist der Umstand, daß man nur den Hauptschuldner selbst mit seiner Forderung gegen den Gläubiger wirklich aufrechnen lassen kann, rechtlich unerheblich. Darauf will ich vorweg nur

---

[1]) Lippmann a. a. O. Bd. 32 S. 224 ff.

[2]) Lippmann a. a. O. Bd. 32 S. 228.

bemerken, daß, wie aus der ganzen Betrachtung dieser Frage hervorgeht, der fragliche Umstand rechtlich durchaus nicht unerheblich ist; der Schuldner wird dabei gar nicht berücksichtigt, der Schwerpunkt liegt auf seiten des Gläubigers.

Ob freilich dieser Umstand praktisch erheblich ist, ist eine andere Frage und wird noch weiter unten erörtert werden. Die 2. Kommission hat auch in genügender Würdigung der Stellung des Bürgen den Standpunkt des Entw. 1 verlassen und dem Bürgen im § 710 Abs. 2 das hier geforderte Recht eingeräumt mit der Bestimmung:

> „Die gleiche Befugnis hat der Bürge, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann."

Diese Fassung ist unverändert in das BGB. § 770 II übergegangen. Nach den obigen Ausführungen ist Kohler, der diese Bestimmung auf unklare Erwägungen und unbestimmt flottierende Vorstellungen über die Aufrechnung und ihr Wesen zurückführt und nicht zu den Ruhmestiteln unseres Gesetzbuches zählt, nicht beizustimmen.

Es ist oben gezeigt worden, daß bei dieser Frage eben nicht nur das Wesen der Aufrechnung, sondern billigerweise auch das Wesen der Bürgschaft zu berücksichtigen ist. Und aus letzteren Erwägungen ist der § 770 II mit Recht hervorgegangen.

So sagt auch Eck,[1]) diese Bestimmung sei eine Konsequenz des Gedankens, daß die Bürgschaft dem Gläubiger doch nur Sicherheit gewähren sollte, diese aber der Gläubiger ohnehin in seiner Kompensationsmöglichkeit besitze.

Bei diesem Gedankengang in der Behandlung des fraglichen Rechtes des Bürgen ist auch die Fassung des § 770 II folgerichtig und klar.

---

[1]) Eck a. a. O. S. 61.

Danach ist die Frage, ob der Bürge mit einer Forderung des Hauptschuldners aufrechnen kann, grundsätzlich, der theoretischen Konstruktion nach, zu verneinen. Der Bürge hat nur eine Einrede, ein „Leistungsverweigerungsrecht, er darf die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange der Gläubiger sich durch Aufrechnung befriedigen kann. Hat also nur der Hauptschuldner eine aufrechnungsfähige Forderung gegen den Gläubiger, nicht auch umgekehrt der Gläubiger gegen den Hauptschuldner, so in dem Falle, wenn sich der Bürge für eine unpfändbare oder eine aus einer unerlaubten Handlung entstandene Forderung verbürgt hat,[1]) dann kann der Bürge sich der Einrede aus § 770 II nicht bedienen.

Diese Auslegung erscheint so selbstverständlich und klar, daß man zunächst eine andere nicht für möglich halten sollte. Und doch findet diese Bestimmung von hervorragenden Vertretern der Rechtswissenschaft noch andere Auslegungen, die aber, wie ich gleich vorweg bemerken will, auf einer zu einseitigen und gar nicht der Natur des Bürgschaftsgeschäfts entsprechenden Rücksicht auf den Bürgen beruhen.

Es ist daher immer die oben festgelegte Bedeutung der Bürgschaft festzuhalten.

So ist Dernburg[2]) der Ansicht, es sei in der Absicht des Gesetzes liegend zu erachten, daß die Einrede aus § 770 II dem Bürgen auch dann zusteht, wenn nur der Hauptschuldner aufrechnungsberechtigt sei. Einen Grund für diese Ansicht gibt Dernburg nicht an.

Der zweifelsfreie Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des Paragraphen, insbesondere aber der Umstand, daß der Entw. 1 jede Rücksichtnahme auf die mögliche Kompensation zwischen Gläubiger und Schuldner ausschließt, widerlegen

---

[1]) §§ 393, 394 BGB.

[2]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2, 2 § 287 V S. 350.

diese Ansicht. Kipp[1]) gibt der Ansicht von Dernburg eine allerdings an sich richtige Begründung. Er schließt sich an die Äußerung in den Protokollen S. 2515 an, welche besagt, es sei daran festzuhalten, daß der Bürge sich nur auf ein Verhältnis berufen dürfe, welches auch der Hauptschuldner würde geltend machen können. Daraus, daß die Gegenforderung des Hauptschuldners fällig sein muß, sei zu folgern, daß es also in Wahrheit doch das Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners sei, auf dessen Existenz sich der Bürge berufe.

Diese Schlußfolgerung Kipps ist aber bei Betrachtung des Grundes und der Entstehung des § 770 II BGB. als verfehlt zu bezeichnen. Es ist vielmehr folgendermaßen zu erwägen.

Diese Vorschrift ist notwendig geworden durch Berücksichtigung der durch die Aufrechnungsmöglichkeit gesicherten Lage des Gläubigers. Der Schwerpunkt bei unserer Frage liegt also lediglich auf seiten des Gläubigers. Daraus ist zu folgern, daß die Voraussetzung der Aufrechnung im Falle des § 770 II nur beim Gläubiger vorzuliegen brauche. Es ist daher vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht folgerichtig, wenn die Einrede des § 770 II von der Fälligkeit der Gegenforderung des Hauptschuldners abhängig gemacht wird. Läge es im Sinne des Gesetzes — wie Kipp annimmt —, daß der Schwerpunkt beim Hauptschuldner liege, dann hätte § 770 II sicher nicht die jetzige Fassung bekommen, aus der der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches klar hervorgeht. Dann lag es doch am nächsten, zu sagen: Das gleiche Recht hat der Bürge, solange der Hauptschuldner mit einer Gegenforderung gegen den Gläubiger aufrechnen kann.

Oertmann[2]) ist derselben Ansicht wie Dernburg

---

[1]) Kipp in Windscheids Pand. 8. Aufl. Bd. 2 S. 440.

[2]) Oertmann a. a. O. Anm. 3 § 770 BGB.

und Kipp mit der Begründung, daß dem aufrechnungsberechtigten Schuldner „im Grunde“ eine Einrede zusteht.

Das widerspricht unserer dargelegten Auffassung der Aufrechnung.

Noch weiter als Kipp geht Weißmann[1]) der dem Bürgen die Einrede aus § 770 II nur dann zugesteht, wenn der Hauptschuldner die Aufrechnungsbefugnis hat. — Nach dieser Auffassung müßte der Bürge sich des Rechts aus § 770 II selbst dann begeben, wenn zwar der Gläubiger gegen die Forderung des Hauptschuldners, dieser aber nicht gegen die Forderung des Gläubigers aufrechnen konnte. Diese Ansicht ist durch den Wortlaut des Gesetzes mit aller Deutlichkeit widerlegt.

Ein vollständig selbständiges Aufrechnungsrecht des Bürgen mit Forderungen des Hauptschuldners — wie im gemeinen Recht — hat Lippmann[2]) entgegen seinen oben gedachten Ausführungen in Iherings Jahrbüchern Bd. 32 wiederherzustellen gesucht. Er geht dabei von der Akzessorietät der Bürgschaft aus. Er sagt, das Recht des Bürgen aus § 770 gehöre zum festen Tatbestande seiner Befugnis aus dem Bürgschaftsverhältnis, da das objektive Recht selbst jetzt dem Bürgen voraussetzungslos das Regreßrecht in jedem Falle gewährt. Ferner geht Lippmann bei seiner Ansicht von der Auffassung der Aufrechnung als eines ius retinendi aus.

Nach ihr ist die Aufrechnung ein Recht der Zahlungsverweigerung, ein ius retinendi ex compensatione, also eine Einrede. Dieses ius retinendi sei der Grund für die aufhebende Wirkung der Aufrechnungserklärung.

Es könne daher die Frage, ob der Bürge die „Einrede der Aufrechnung auch aus dem Rechte des Hauptschuldners

---

[1]) Weißmann a. a. O. Bd. 26 S. 41 ff.
[2]) Lippmann a. a. O. Bd. 43 S. 551 ff.

und unabhängig von diesem hat, nicht anders beurteilt werden, als die Einrede aus dem Rechte des Gläubigers". — Die erste Lesung zum Bürgerlichen Gesetzbuch habe das frühere Aufrechnungsrecht des Bürgen beseitigt, weil es im Widerspruch stand mit einer Theorie, die in der Aufrechnung das Recht auf retinere ex compensatione leugnete. Die zweite Kommission habe das Recht der Sache nachher wiederherstellen müssen. Immerhin sei ein gewisser Widerspruch zwischen Theorie und positiver Bestimmung rückständig geblieben, und damit hänge es auch zusammen, daß das BGB. im § 770 das darin dem Bürgen garantierte Recht nicht ausdrücklich als Kompensations- oder Aufrechnungsrecht bezeichnet, vielmehr nur ein besonderes Recht des Bürgen auf Zahlungsverweigerung anerkannt habe. In der Form verändert, aber der Sache nach als dasselbe, sei das Kompensationsrecht des Bürgen wiederhergestellt. Die Natur der Aufrechnung als eines ius retinendi ex compensatione sei gerade durch Einführung des § 770 II wieder zum Durchbruch gekommen. Dadurch sei die rechtsgeschäftliche Natur der Aufrechnung für die Bürgschaft fallen gelassen worden.

Die Voraussetzungen, von denen Lippmann ausgeht, sind im vorstehenden als zum Teil für unsere Frage nicht entscheidend, zum Teil als überhaupt nicht zutreffend, bereits behandelt worden, nämlich die Bedeutung der Akzessorietät der Bürgschaft und das Wesen der Aufrechnung.

Es ist vor allem festzuhalten, daß das Bürgerliche Gesetzbuch für die Aufrechnung streng der rechtsgeschäftlichen Theorie folgt, die einem geklärten Rechtsbewußtsein als richtig entspricht. Diese Theorie bleibt auch für das Bürgschaftsrecht aufrechterhalten. — Nur im Interesse der Billigkeit, mit Rücksicht auf den Zweck der Bürgschaft, wird dem Bürgen die Befugnis gegeben, sich auf eine Aufrechnungsmöglichkeit zwischen Gläubiger und Schuldner zu berufen, solange der Gläubiger sich durch

Aufrechnung befriedigen kann. Im Hinblick auf die auch vom Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannt richtige Natur der Aufrechnung darf diese nicht mit den Einreden im wahren, technischen Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs zusammengestellt werden. — Der Bürge hat also kein selbständiges Aufrechnungsrecht, sondern nur ein Leistungsverweigerungsrecht, solange der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann.[1] § 770 II ist von besonderer Bedeutung für den selbstschuldnerischen Bürgen, da dieser von der Einrede des § 770 II nicht ausgeschlossen ist. Im Normalfall wird dieses Recht des Bürgen praktisch wohl darauf hinauskommen, als hätte der Bürge selbst aufgerechnet. Die tatsächliche Wirkung darf uns aber nicht in der Feststellung der Begriffe, in der logischen Ableitung theoretischer Konstruktion beirren.

Andererseits sind aber auch Fälle möglich, aus denen klar hervorgeht, daß der Bürge doch nicht so gestellt ist, als wenn er das Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners an sich ausüben und die Forderung des Gläubigers dadurch zum Erlöschen bringen könnte. Vielmehr ist es sehr leicht möglich, daß der Hauptschuldner den Schutz des § 770 II für den Bürgen zu nichte machen kann.

Es mögen zum Anschluß daran einige streitige Fälle betrachtet werden, aus denen besonders von Kohler auch Angriffe gegen die Bestimmung des § 770 II hergeleitet worden sind.

A. Der Gläubiger hat an den Schuldner eine verbürgte Forderung auf 100. Der Schuldner hat gegen den Gläubiger

[1] So auch Planck, Komm. z. BGB. 1900 Anm. 2 zu § 770; Schollmeyer, R. d. Schuldverh. 1900 Anm. 2 zu § 389; Enneccerus-Lehmann, D. bürgerl. R. Bd. 1 § 325 S. 696; Matthiaß, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 § 131; E. Siber, Komp. und Aufrechnung S. 130—138.

eine unverbürgte Forderung auf 50. Der Gläubiger klagt nun gegen den selbstschuldnerischen Bürgen auf 100. Ob der Bürge sich des § 770 II bedienen darf, kann zweifelhaft sein, da der Gläubiger sich durch Aufrechnung ja nur zum Teil befriedigen kann. Es ist folgerichtig zu unterstellen, daß unter befriedigen im Sinne von § 770 II auch eine Teilbefriedigung begriffen ist. Wenn der Gläubiger nur den Teilbetrag von 50 vom Bürgen einklagt, so kommt es darauf an, ob der Gläubiger bezüglich der übrigen 50 eine Aufrechnungserklärung abgegeben hat oder nicht. Wenn der Gläubiger die Aufrechnungserklärung abgegeben hat, so steht dem Bürgen die Einrede aus § 770 II nicht mehr zu, ebenso wenn der Hauptschuldner dies täte.[1])

Dem entsprechend ebenso verhält es sich, wenn der Gläubiger mehrere Forderungen an den Hauptschuldner hat. Freilich kann in diesen Fällen der Hauptschuldner seinerseits auch aufrechnen und dadurch das Recht des Bürgen vereiteln. Diese Möglichkeit ist aber gar nicht so anstößig, wie Kohler[2]) und Eck[3]) sie finden. Es kann wohl vom Hauptschuldner moralisch nicht billigenswert darin gegen den Bürgen gehandelt werden. Es ist aber immer zu berücksichtigen, daß die Aufrechnung auf einem einseitigen Recht beruht, über das man dem Berechtigten die freie Verfügung lassen muß. Sodann liegt bei dieser Frage, wie schon mehrfach hervorgehoben, der Schwerpunkt auf der Befriedigungsmöglichkeit des Gläubigers. In den zweifelhaften Fällen ist die Befriedigung des Gläubigers nur zum Teil möglich, so daß das Privilegium des Bürgen aus § 770 II doch der genügenden Grundlage entbehrt. Auch hat der Bürge ja die Bürgschaft und damit die subsidiäre Befriedigung durch sich gewollt.

[1]) Friedensburg a. a. O. S. 10

[2]) Kohler a. a. O. Bd. 24 S. 14.

[3]) Eck a. a. O. S. 365, 366.

Schließlich kann man auch Rudolf Leonhard[1]) beistimmen, der bei vorliegenden Fällen die Berücksichtigung der §§ 242, 768 empfiehlt.

B. Kohler[2]) gedenkt noch besonders zweier Fälle, die die Unhaltbarkeit des § 770 II beweisen sollen:

Der Gläubiger klagt gegen den Bürgen, dieser macht mit Grund die Einrede aus § 770 II geltend, der Gläubiger aber erfüllt während des Prozesses seine Schuld an den Hauptschuldner. Kohler meint, die Einrede des Bürgen müsse hiermit zerfallen, ich stimme aber Friedensburg bei[3]) der in einem solchen Falle die Voraussetzungen des § 226 BGB. für gegeben erachtet, da eine derartige Handlungsweise nur den Zweck haben kann, dem Bürgen Schaden zuzufügen.

Die Lage des Gläubigers bessert sich dadurch nicht. Denn er gibt sein Geld hin, um eine Forderung geltend zu machen, und der Schuldner müßte das empfangene Geld doch dem Bürgen (im Regreßwege) herausgeben.

Endlich führt Kohler noch folgenden Fall an. Der Gläubiger hat gegen den Bürgen geklagt, dieser hat die Einrede aus § 770 II mit Erfolg auch in der II. Instanz geltend gemacht. Der Prozeß geht in die III. Instanz. Nun rechnet der Hauptschuldner seine Forderung gegen eine andere des Gläubigers auf. Die Revision des Gläubigers wird verworfen, da ein Rechtsirrtum nicht vorlag. Außerdem sei aber auch jetzt die Aufrechnungslage nicht mehr vorhanden, die Rechtslage des Gläubigers sei also schlechter geworden. Dieses Resultat ist aber durchaus nicht anstößig.

Der Gläubiger hatte es ja in der Hand, von vornherein aufzurechnen. Dann kann er aber auch von neuem klagen.

[1]) In Anm. 3 zu Eck a. a. O. S. 365.

[2]) Kohler a. a. O. Bd. 24 S. 14.

[3]) Friedensburg S. 11/12.

Es bleibt noch zu prüfen übrig, welchen Einfluß der Erlaß und die Abtretung einer dem Hauptschuldner zustehenden Forderung hat. Fürs gemeine Recht ist gezeigt worden, daß ein Schulderlaß seitens des Hauptschuldners für den Bürgen ohne Bedeutung war. Die Kompensationsbefugnis war eine Einrede, die, da sie einmal entstanden, dem Bürgen nicht wider seinen Willen entzogen werden konnte.

Nach Bürgerlichem Gesetzbuch würde aber der Bürge seine Einrede aus § 770 II verlieren, da ja nun die Voraussetzung, daß sich der Gläubiger befriedigen kann, nicht mehr vorliegt. Nach dem schon oben dargelegten Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs über § 770 II ist dieses Resultat nicht unbillig.

Bei Abtretung der Forderung des Hauptschuldners oder des Gläubigers ist die Sachlage folgende:

Tritt der Schuldner seine ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderung ab, so ist nach § 406 BGB. der Gläubiger in der Lage, dem Zessionar gegenüber mit seiner Forderung an den Schuldner aufzurechnen. Die Voraussetzung nach § 770 II, nämlich Befriedigungsmöglichkeit für den Gläubiger, ist gegeben, mithin auch die Einrede aus § 770 II.[1])

Dem steht nicht entgegen, daß § 770 II von einer fälligen Forderung des Hauptschuldners spricht.

Es muß die Ausnahme des § 406 von dem für die Aufrechnung allgemeinen Erfordernis der Gegenseitigkeit der beiden Forderungen auch für § 770 II gelten. Es entspricht auch der ratio des § 770 II, dessen Schutz sonst leicht illusorisch wäre.

Wenn dagegen der Gläubiger seine Forderung gegen den Schuldner abtritt, dann kann wohl der Hauptschuldner gegen

---

[1]) And. Meinung Fischer-Henle Anm. 3 § 770; Weißmann a. a. O. Bd. 26 S. 42.

den Zessionar, aber nicht dieser gegen den Schuldner aufrechnen. Mithin ist die Voraussetzung und damit die Einrede aus § 770 II nicht gegeben.

Ganz ebenso ist dementsprechend gemäß (§ 392) die Stellung des Bürgen, wenn eine der gegeneinander aufrechenbar gegenüberstehenden Forderungen mit Beschlag belegt wird. Wenn also ein Gläubiger des Schuldners dessen Gegenforderungen pfänden und sich überweisen läßt, kann der Hauptgläubiger unter den Voraussetzungen des § 392 noch aufrechnen. Mithin hat der Bürge auch noch die Einrede aus § 770 II.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Walther Julius Triebel, evangelischer Konfession, wurde am 21. Dezember 1882 zu Grube „Von der Heydt", Kreis Saarbrücken geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger. Mein Vater ist Geheimer Bergrat in Ratibor. Ich besuchte die Gymnasien zu Ratibor und Torgau. Das Torgauer Gymnasium verließ ich Michaelis 1901 mit dem Reifezeugnis.

Hierauf studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Halle (5 Semester) und Breslau (2 Semester). Am 15. Januar 1906 bestand ich in Breslau die erste juristische Prüfung. Als Referendar wurde ich zunächst dem Amtsgericht Hultschin O.-S. zur Ausbildung überwiesen. Gegenwärtig genüge ich seit dem 1. Oktober 1906 meiner Dienstpflicht als Einjährig-Freiwilliger beim Husaren-Regiment Graf Goetzen (2. Schlesisches) Nr. 6 in Leobschütz.

Herrn Geheimrat Leonhard sage ich für den gütigen Rat bei Abfassung dieser Arbeit meinen besten Dank.